

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 28-03-2023 με την εξής σύνθεση: Γαρυφαλλιά Σκιάνη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 17-2-2023 με ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 220/20-2-2023 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας, με την επωνυμία «..... ΑΕ» (εφ' εξής «προσφεύγουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ΔΗΜΟΥ ... (εφ' εξής «αναθέτουσα Αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας, με την επωνυμία «...» (εφ' εξής «παρεμβαίνουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

Με την εν θέματι προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθούν η υπ' αριθμ. 7/24-1-2023 και η υπ' αριθμ. 16/7-2-2022 αποφάσεις της αναθέτουσας Αρχής, οι οποίες ελήφθησαν στο πλαίσιο του διαγωνισμού για την προμήθεια φρέσκου γάλακτος για τους εργαζόμενους του Δήμου ..., για ένα έτος, προϋπολογισμού 221.000€ χωρίς ΦΠΑ, κατά το μέρος, που έγινε αποδεκτή η προσφορά και ανακηρύχθηκε οριστική ανάδοχος της προμήθειας η παρεμβαίνουσα «...» έναντι της προσφεύγουσας.

Με την παρέμβαση επιδιώκεται η απόρριψη της εξεταζόμενης προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.105 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, με την Διακήρυξη, υπ' αριθμ. πρωτ. 53904/10-11-2022 προκηρύχθηκε διεθνής δημόσιος Διαγωνισμός με ανοικτή διαδικασία, για την

Αριθμός Απόφασης:526/2023

ανωτέρω αναφερόμενη προμήθεια, που αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 30-11-2022, με Α.Δ.Α.Μ. ..., καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου ο διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ..., η δε σχετική προκήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ στις 25-11-2022. Η εν θέματι προσφυγή ζητείται η ακύρωση της η υπ' αρ. 7/24.01.2023 και με ΑΔΑ ... απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., ως προς την κήρυξη ως προσωρινής αναδόχου εταιρείας την «... ...», για την «Προμήθεια φρέσκου γάλακτος για τους εργαζομένους του Δήμου ...», έναντι του ποσού των 228.599,00 € (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13%), της υπ' αρ. 16/7.2.2023 και με ΑΔΑ ... απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., ως προς την κατακύρωση των αποτελεσμάτων του εν θέματι Διαγωνισμού στην εταιρεία με την επωνυμία «... ...», έναντι του ποσού των 228.599,00 € (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13%) και 3) να της επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

3. Επειδή, η αναθέτουσα Αρχή απέστειλε νομίμως τις από 07/03/2023 απόψεις της επί της οικείας προσφυγής. Επ' αυτών κατετέθη, παραδεκτώς, το από 13/03/2023 υπόμνημα της προσφεύγουσας.

4. Επειδή, στο άρθρο 73 του ν.4412/2016 (Α' 147), με βάση τις διατάξεις του οποίου διεξάγεται ο εν θέματι διαγωνισμός (παρ. 1.4 διακήρυξης), όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης (23-4-2021), πριν τροποποιηθεί με το άρθρο 22 του ν. 4782/2021 (έναρξη ισχύος του άρθρου αυτού από 1-6-2021), με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», ορίζεται, ότι: «1..... 4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α).... γ) εάν, με την επιφύλαξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού» (όπως η περ. αυτή αντικαταστάθηκε από την παρ. 3 του άρθρου 235 του ν. 4635/2019, Α'167) ε) στ) ..., ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν

Αριθμός Απόφασης:526/2023

είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79, θ) ... 5. 6.... Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ.4. 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. (...) 8. (..).». Στο άρθρο 79, με τίτλο «Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης [όπως το άρθρο αντικαταστάθηκε με τα άρθρα 22 του ν. 4441/2016 (Α΄227) και 235 του ν. 4635/2019, (Α 167), και ίσχυε πριν τις αλλαγές που επήλθαν με το άρθρο 27 του ν.4782/2021, με έναρξη ισχύος 1.6.2021], ότι: «1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων άνω των ορίων, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο αποτελείται από ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν.1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73 και 74 για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν, β) ... γ)... . Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. (...) Κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης για σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η τριετής παραγραφή της παρ. 10 του άρθρου 73, περί λόγων αποκλεισμού, ή η εφαρμογή της παρ. 3β του άρθρου 44 του ν.3959/2011 (Α΄93), αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης, ενώ ισχύουν τα όσα

Αριθμός Απόφασης:526/2023

αναφέρονται στο προηγούμενο εδάφιο για την προσκόμιση δικαιολογητικών. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης δημόσιας σύμβασης, που είτε εκκινούν μετά από την έναρξη ισχύος του παρόντος είτε έχουν εκκινήσει νωρίτερα αλλά δεν έχει ακόμη συμπληρωθεί και υποβληθεί το ΕΕΕΣ, οι προηγούμενες αρνητικές απαντήσεις στο ανωτέρω ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης, από οικονομικούς φορείς οι οποίοι εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής της παρ. 3β του του άρθρου 44 του ν.3959/2011, δεν στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού των περ. ζ` ή/ και θ` της παρ. 4 του άρθρου 73 του παρόντος και δεν απαιτείται να δηλωθούν κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και κάθε αντίστοιχου εντύπου. (...) 3. Για τις συμβάσεις άνω των ορίων, το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 της Επιτροπής της 5ης Ιανουαρίου 2016, και παρέχεται αποκλειστικά σε ηλεκτρονική μορφή. 4. ... 5. (...)». Ακόμα, στο άρθρο 103 του ιδίου ως άνω νόμου (Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών) όπως ίσχυε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της οικείας διακήρυξης ορίζονταν τα ακόλουθα : «Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα: 1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας, "εντός δέκα (10) ημερών" από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α` 74) όλων των δικαιολογητικών του άρθρου 80, όπως καθορίζονται ειδικότερα στα έγγραφα της σύμβασης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των άρθρων 75 έως 78. (...) 2..(...). 3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 72, (...) 4. (...). 5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από

Αριθμός Απόφασης:526/2023

τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, σύμφωνα με την παράγραφο 1 και τα άρθρα 75, 76 και 77, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου (...). 6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105. 7.». Εξ άλλου, στο ίδιο άρθρο 103 (παρ. 3 και 5), όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 43 του ν. 4782/2021 (Α'36) και ίσχυε κατά τον χρόνο έκδοσης της ένδικης από 22.3.2022 πράξης κατακύρωσης, κατόπιν της συμπλήρωσης του άρθρου 142 παρ. 3 του ν.4782/21 με το άρθρο 22 του Ν. 4903/2022 (ΦΕΚ Α 46/5.3.2022), σύμφωνα με το οποίο η ισχύς του αρχίζει από την 1η.6.2021 και εφαρμόζεται και στις εκκρεμείς διαγωνιστικές διαδικασίες, εκτός εάν έχει χωρήσει οριστικός αποκλεισμός του οικονομικού φορέα ή έχει εκδοθεί απόφαση αρμοδίου δικαστηρίου, η οποία έχει κρίνει διαφορετικά, προβλέπεται, ότι «3. Αν, κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών, διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι εκ προθέσεως απατηλά, ή ότι έχουν υποβληθεί πλαστά αποδεικτικά στοιχεία, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, (...). 4. 5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή η πλήρωση μιας ή περισσότερων από τις απαιτήσεις των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής,(...) , απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και, με την επιφύλαξη του άρθρου 104, περί χρόνου συνδρομής όρων συμμετοχής και οψιγενών μεταβολών, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, (...)». Κατά δε το άρθρο 104 του ίδιου νόμου (Χρόνος συνδρομής όρων συμμετοχής - Οψιγενείς μεταβολές), όπως ίσχυε κατά τον χρόνο δημοσίευσης της ένδικης διακήρυξης, «1. Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής όπως ορίστηκαν στα έγγραφα της σύμβασης, κρίνονται κατά την υποβολή της αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος ή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών του άρθρου 80, και κατά την σύναψη της σύμβασης σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση γ' της παρ.3 του άρθρου 105. 2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο

Αριθμός Απόφασης:526/2023

79, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσφέρων/υποψήφιος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά και το αργότερο μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 80. 3. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για οπιγενείς μεταβολές κατά την έννοια της προηγούμενης παραγράφου που επήλθαν στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου, δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, ...».

5. Επειδή, ειδικότερα, με το άρθρο 235 του ν. 4635/2019 (Α' 167/30.10.2019), τροποποιήθηκαν τα άρθρα 44 του ν. 3959/2011 και 73 παρ. 4 και 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016 ως εξής: «1. ... 2. Η παράγραφος 3 του άρθρου 44 του ν. 3959/2011 αντικαθίσταται ως εξής: “3α. ... 3β. Εφόσον συντρέχει: α) υπαγωγή στο πρόγραμμα επιείκειας κατ' εφαρμογή της παραγράφου 8 του άρθρου 25 ... β) υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α και ολοσχερής εξόφληση του προστίμου, επέρχεται πλήρης απαλλαγή της επιχείρησης και κάθε άλλου υπευθύνου της παραγράφου 2(γ) του άρθρου 25 από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις. Στις ανωτέρω περιπτώσεις η διαπίστωση της σχετικής παράβασης δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων, με την εξαίρεση της κατ' επανάληψη παράβασης του άρθρου 1 ή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης. ... Η παρούσα διάταξη εφαρμόζεται και στην περίπτωση παροχής διευκόλυνσης τμηματικής καταβολής του προστίμου και για όσο χρόνο διαρκεί η ρύθμιση και ο οφειλέτης είναι συνεπής με τους όρους της. Επίσης, η παρούσα διάταξη εφαρμόζεται και για τις περιπτώσεις για τις οποίες έχει εκδοθεί διαπιστωτική απόφαση παράβασης του άρθρου 1 ή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης και δεν έχει ακόμα παρέλθει τριετία από την έκδοση αυτής”. 3. Η περίπτωση γ) της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016 αντικαθίσταται ως εξής: “γ) εάν, με την επιφύλαξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη

Αριθμός Απόφασης:526/2023

στρέβλωση του ανταγωνισμού,». 4. ... 5. Στην παράγραφο 1 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 ... προστίθενται εδάφια ως εξής: "Κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης για τυχόν σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η τριετής παραγραφή της παραγράφου 10 του άρθρου 73 ή η εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης, ενώ ισχύουν τα όσα αναφέρονται στο προηγούμενο εδάφιο για την προσκόμιση δικαιολογητικών. ...". 6. ...». Εξ άλλου, με το άρθρο 48 του ν. 4886/2022 (Α'12/24.1.2022), που τύγχανε εφαρμογής κατά τον χρόνο έκδοσης της ένδικης πράξης κατακύρωσης (έναρξη ισχύος κατά τη δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβέρνησης), μεταξύ άλλων, επικαιροποιήθηκαν και ενισχύθηκαν οι ρυθμίσεις του άρθρου 235 του ν. 4635/2019, προστέθηκε δε παρ. 3Γ στο άρθρο 44 του ν. 3959/2011 με ίδιο περιεχόμενο με την προγενέστερη παρ. 3Β, ως ακολούθως « 3Γ. Εφόσον συντρέχει: α) υπαγωγή στο Πρόγραμμα Επιείκειας ..., β) υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 29Α και ολοσχερής εξόφληση του προστίμου, επέρχεται πλήρης απαλλαγή της επιχείρησης από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις, πλην των οριζόμενων στο άρθρο 25 και στις παρ. 1, 2 και 5 του άρθρου 25Β. Στις ανωτέρω περιπτώσεις, η διαπίστωση της σχετικής παράβασης δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων, με την εξαίρεση της κατ' επανάληψη παράβασης του άρθρου 1 του παρόντος ... Ως επανάληψη της παράβασης νοείται η έκδοση σχετικής διαπιστωτικής απόφασης εντός έξι (6) ετών από την προηγούμενη έκδοση άλλης διαπιστωτικής απόφασης. ...».

6. Επειδή, από τον συνδυασμό όλων των ανωτέρω νομοθετικών διατάξεων που έχουν άλλωστε, στα βασικά τους σημεία, ενσωματωθεί στις αντίστοιχες προβλέψεις της εν θέματι διακήρυξης, συνάγεται, ότι ο προβλεπόμενος στο άρθρο 73 παρ. 4 περ. γ' του ν. 4412/2016 λόγος αποκλεισμού κατ' αρχήν θεμελιώνεται, όταν υπάρχουν «επαρκώς εύλογες ενδείξεις ότι ο οικονομικός φορέας έχει συνάψει συμφωνίες με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού», όπως άλλωστε προβλέπεται στην αντίστοιχη ρύθμιση του άρθρου 57 παρ. 4 περ. δ' της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ. Για την

Αριθμός Απόφασης:526/2023

θεμελίωση, επομένως, του λόγου αυτού αποκλεισμού αρκεί κατ' αρχήν η ύπαρξη ενδείξεων, αντικειμενικών, πάντως εύλογων και συγκλινουσών (απόφαση ΔΕΕ της 17.5.2018 C-531/16 σκ. 37 με εκεί παραπομπές), που οδηγούν στο συμπέρασμα, ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες ή συμμετείχε σε πρακτικές, με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, και δεν αποτελεί άνευ ετέρου απαραίτητο όρο η προηγούμενη έκδοση απόφασης από την Ε.Α., με την οποία να διαπιστώνεται η παράβαση των κανόνων προστασίας του ανταγωνισμού, καθ' ότι μία τέτοια διοικητική πράξη αποτελεί πάντως πλήρη απόδειξη και όχι απλώς επαρκή ένδειξη περί τούτου. Η επιλογή αυτή του ενωσιακού και του έλληνα νομοθέτη, σε αντίθεση, μάλιστα, με άλλες ρυθμίσεις περί λόγων αποκλεισμού, όπου απαιτείται η ύπαρξη αμετάκλητης δικαστικής απόφασης ή η έκδοση διοικητικής πράξης, απηχεί την ιδιαίτερη βαρύτητα που ενέχει η ελεύθερη και ανόθευτη λειτουργία του ανταγωνισμού, κατά την σύναψη των δημοσίων συμβάσεων. Επομένως, και η διεξαγωγή έρευνας ενώπιον της αρμόδιας προς τούτο ρυθμιστικής Αρχής, αναλόγως της ωριμότητας του σταδίου, στο οποίο βρίσκεται η έρευνα, όπως αποτυπώνεται αντικειμενικώς σε ενέργειες της Αρχής ή και του οικονομικού φορέα που εμπλέκεται, είναι δυνατόν, υπό το φως των συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών της υπόθεσης, να αποτελέσει επαρκή ένδειξη σύναψης απαγορευμένων συμφωνιών (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 93/2020 σκ.10, 11). Περαιτέρω, αρχικώς, με τα άρθρα 105 και 106 του ν. 4389/2016 (Α'94) θεσπίσθηκε διαδικασία διευθέτησης διαφορών ενώπιον της Επιτροπής Ανταγωνισμού (άρθρο 25 Α του ν.3959/2011), για τις επιχειρήσεις που παραδέχονται εγκαίρως και ανεπιφυλάκτως την συμμετοχή και την ευθύνη τους στην αποδιδόμενη σ' αυτές οριζόντια σύμπραξη, χορηγήθηκε δε εξουσία στην Ε.Α. να θέσει τις απαραίτητες κανονιστικές ρυθμίσεις λειτουργίας της διαδικασίας αυτής (628/2016 και 704/2020 κανονιστικές αποφάσεις της Ε.Α.), προβλέφθηκε, ότι εξαλείφεται το αξιόποιο των σχετικών εγκλημάτων, που στοιχειοθετούνται με την ίδια παράβαση, καθώς και ότι επέρχεται πλήρης απαλλαγή από άλλου είδους διοικητικές κυρώσεις (πλην του προστίμου που επιβάλλεται μειωμένο από την Ε.Α). Ακολούθως, ο έλληνας νομοθέτης, ενισχύοντας περαιτέρω το πλέγμα των ανωτέρω κινήτρων, με τις ρυθμίσεις του άρθρου 235 του ν. 4635/2019 - υπερακοντίζοντας μάλιστα τις επιταγές του άρθρου 23 της Οδηγίας 2019/1 (περί προστασίας από ποινικές και διοικητικές κυρώσεις αποκλειστικώς των

Αριθμός Απόφασης:526/2023

φυσικών προσώπων που, ως διευθυντικά στελέχη επιχειρήσεων, συνεργάζονται έγκαιρα με τις αρχές προς διερεύνηση των οικείων αντιανταγωνιστικών παραβάσεων)- προέβλεπε ειδικότερα ότι, υπό την προϋπόθεση ότι η επιχείρηση υπήχθη στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α και εξόφλησε ολοσχερώς το επιβληθέν πρόστιμο (ή συμφώνησε την τμηματική καταβολή του, υπό την αίρεση της συνεπούς καταβολής των δόσεων), θεωρείται ότι «δεν θεμελιώνεται» ο οικείος λόγος αποκλεισμού από δημόσιες συμβάσεις, ή, αν η πράξη που διαπιστώνει την οικεία αντιανταγωνιστική παράβαση έχει ήδη εκδοθεί, ο λόγος αποκλεισμού από τις δημόσιες συμβάσεις λόγω σύναψης στρεβλωτικής του ανταγωνισμού συμφωνίας θεωρείται αρθείς. Ωστόσο, όπως έχει κριθεί (ΣΤΕ 753-4/2020, ΕΑ 252/2020 σκ. 14, 93/2020, όπου έχουν ληφθεί υπ' όψη οι διατάξεις του αρ. 235 του ν.4635/2019), οι παραπάνω ρυθμίσεις, που επιβεβαιώθηκαν με τον ν.4886/2022, αφορούν στην συνδρομή ή μή του λόγου αποκλεισμού λόγω σύναψης συμφωνιών, με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, και δεν καταργούν την υποχρέωση του διαγωνιζομένου να δηλώσει ενώπιον της αναθέτουσας Αρχής τα σχετικά πραγματικά γεγονότα, που σχετίζονται με τον ανωτέρω λόγο αποκλεισμού, είτε στο ΕΕΕΣ του είτε μεταγενέστερα, εάν ο οικείος λόγος συνέτρεξε ή έγινε γνωστός μετά την σύνταξη του ΕΕΕΣ, εν όψει της υποχρέωσης εκάστου συμμετέχοντος να ενημερώνει αμελλητί την αναθέτουσα Αρχή για τα πραγματικά γεγονότα, που σχετίζονται με λόγους αποκλεισμού. Τούτο, άλλωστε, ρητώς ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 5 του άρθρου 235 του ν. 4635/2019, σύμφωνα με την οποία ο υπαχθείς στη διαδικασία διευθέτησης της διαφοράς ενώπιον της Ε.Α. οικονομικός φορέας, οφείλει, κατά την συμπλήρωση του ΕΕΕΣ του, να απαντήσει θετικά στο ερώτημα «περί σύναψης συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού» και ακολούθως να «αναλύσει τη συνδρομή της περίπτωσης της εφαρμογής της διάταξης του αρ. 44 αρ. 3B του ν.3959/2011», ώστε να ενημερωθεί προσηκόντως η αναθέτουσα Αρχή. Πολλώ μάλλον υπέχει τέτοια υποχρέωση, ήτοι να απαντήσει θετικά στο ερώτημα περί σύναψης συμφωνιών στρέβλωσης του ανταγωνισμού, όταν κατά τον χρόνο υποβολής του ΕΕΕΣ δεν έχει ακόμα υπαχθεί στην εν λόγω ειδική διαδικασία διευθέτησης αλλά υφίστανται εύλογες ενδείξεις, ότι έχει συνάψει αντιανταγωνιστικές συμφωνίες. Συνεπώς, η κατά τις ανωτέρω διατάξεις άρση

Αριθμός Απόφασης:526/2023

του λόγου αποκλεισμού, λόγω συμφωνιών στρέβλωσης του ανταγωνισμού, δεν επηρεάζει την στοιχειοθέτηση του αυτοτελούς λόγου αποκλεισμού, που συνίσταται στην υποβολή ανακριβούς δήλωσης διά του ΕΕΕΣ, σε περίπτωση κατά την οποία ο συμμετέχων φορέας δεν εκπλήρωσε την υποχρέωσή του να παράσχει όλες τις αναγκαίες πληροφορίες, κατά την υποβολή του ΕΕΕΣ.

7. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι έχει λάβει χώρα πλημμελής συμπλήρωση του ΕΕΕΣ της «...», στις ικανότητες της οποίας στηρίζεται η παρεμβαίνουσα. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προβάλλει, ότι, όπως προκύπτει από το υποβληθέν ΕΕΕΣ και δη το Μέρος ΙΙΙ, Κεφάλαιο Γ αυτού, στην ερώτηση «*Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;*», η εταιρεία «... ΑΕ» προέβη σε αρνητική δήλωση, ήτοι, ότι ουδέποτε συνήψε συμφωνίες με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού και ότι εν γένει ουδέποτε διέπραξε κάποιο σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Ως εκ τούτου, παρέλειψε, στο εν λόγω πεδίο του ΕΕΕΣ, να δηλώσει τυχόν προγενέστερη απόφαση, που υπεδείκνυε συμφωνία της με έτερη εταιρεία και με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, αν και με αποφάσεις τόσο της Επιτροπής Ανταγωνισμού όσο και της Κυπριακής Επιτροπής Προστασίας Ανταγωνισμού έχει κριθεί, ότι η «...» έχει υποπέσει ή/και έχει εμπλακεί σε υποθέσεις παραβίασης του δικαίου του ανταγωνισμού (στρέβλωσης του ανταγωνισμού) έχουν δε επιβληθεί συναφώς και πρόστιμα. Με τις υπ' αρ. 12030/7.03.2023 απόψεις της, η αναθέτουσα Αρχή υποστηρίζει, ότι, πρώτον, «η έκδοση των αποφάσεων των Επιτροπών Ανταγωνισμού [...] θέτει ζήτημα εφαρμογής μόνο του άρθρου 2.2.3.4. γ που ως ειδικότερο απωθεί την εφαρμογή του άρθρου 2.2.3.4. θ.», δεύτερον, ότι έχει παρέλθει τριετία από άπασες τις αποφάσεις των αρμοδίων Επιτροπών Ανταγωνισμού και, τρίτον, ότι σύμφωνα με τη «διάταξη του άρθρου 2.2.3.4. γ της Διακήρυξης, ορθώς ερμηνευόμενη, δεν ενδιαφέρουν οιοσδήποτε παραβάσεις των κανόνων του ανταγωνισμού, αλλά μόνο αυτές που αφορούν την συμμετοχή του οικονομικού φορέα σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων». Η προβαλλόμενη όμως αιτιολογία και οι σχετικοί ισχυρισμοί της αναθέτουσας Αρχής είναι αβάσιμοι. Ειδικότερα, ως προς τον πρώτο ισχυρισμό, οι προβλεπόμενοι στο άρθρο 73 παρ. 4 Ν. 4412/2016 λόγοι αποκλεισμού δεν αποκλείονται επί τη βάσει της αρχής της ειδικότητας, αλλά αποτελούν αυτοτελείς λόγους

Αριθμός Απόφασης:526/2023

αποκλεισμού, που μπορεί να συντρέχουν παράλληλα. Από την ανάγνωση της 101ης αιτιολογικής σκέψης της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, σύμφωνα με την οποία «Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να αποκλείουν οικονομικούς φορείς οι οποίοι έχουν φανεί αναξιόπιστοι, επί παραδείγματι λόγω παραβάσεων περιβαλλοντικών ή κοινωνικών υποχρεώσεων, συμπεριλαμβανομένων και των κανόνων σχετικά με τη δυνατότητα πρόσβασης ατόμων με αναπηρίες, ή λόγω άλλων μορφών σοβαρών επαγγελματικών παραπτώματων, όπως είναι οι παραβιάσεις των κανόνων περί ανταγωνισμού ή περί δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας» προκύπτει το αβάσιμο των ισχυρισμών της αναθέτουσας Αρχής. Άλλωστε, ενδέχεται, συμπεριφορά, που δεν εμπίπτει για οποιονδήποτε λόγο στην ειδικότερη περίπτωση της στρέβλωσης του ανταγωνισμού, να συνιστά σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, σύμφωνα με την περ. θ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016. Όπως δε έχει κριθεί (ΔΕφαΘ 368/2022), «συνάγεται ότι ανακριβής δήλωση του διαγωνιζόμενου σχετικά με τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού, η οποία περιλαμβάνεται στο υποβαλλόμενο με την προσφορά του Ε.Ε.Ε.Σ., έχει αναχθεί από τον αναθέτοντα φορέα, σύμφωνα και σε αρμονία με όσα ορίζονται και με τις διατάξεις του ν.4412/2016 και του κανονισμού 2016/7 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σε αυτοτελή λόγο αποκλεισμού, ο οποίος προβλέπεται από τη διακήρυξη και συνεπάγεται, με τη διαπίστωσή του, την υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα να θέσει εκτός διαγωνισμού τον διαγωνιζόμενο, η δήλωση του οποίου δια του Ε.Ε.Ε.Σ. διαπιστώνεται ότι είναι αντικειμενικά ανακριβής». Συνεπώς, η απόκρυψη ή η ανακριβής δήλωση στο ΕΕΕΣ, σχετικά με λόγο αποκλεισμού, στοιχειοθετεί και πρόσθετο λόγο αποκλεισμού, ώστε εν προκειμένω η προσφορά της αναδόχου να είναι απορριπτέα. Ως προς τον δεύτερο ισχυρισμό της αναθέτουσας Αρχής, το ενδεχόμενο να έχει παρέλθει τριετία από τις αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού, ελληνικής ή κυπριακής, δεν αναιρεί την υποχρέωση της συμμετέχουσας εταιρείας να δηλώσει στο ΕΕΕΣ την σχετική διαπιστωθείσα παραβίαση του ανταγωνισμού, απαντώντας θετικά στο οικείο πεδίο 10. Σε κάθε δε περίπτωση, και εν τοις πράγμασι, όπως στην ουσία συνομολογεί και η παρεμβαίνουσα με την από 3.3.2023 παρέμβασή της, τουλάχιστον η υπ' αρ. 726/2021 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού έχει εκδοθεί σε χρόνο που δεν απέχει τριετία από τον επίμαχο διαγωνισμό και, ως εκ τούτου, έπρεπε να

Αριθμός Απόφασης:526/2023

είχε δηλωθεί από την εταιρεία Η παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται, ότι οι υπ' αρ. 697/2019 και 726/2021 αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού «συνιστούν παρατάσεις ισχύος των ως άνω δεσμεύσεων για ετήσιο χρονικό διάστημα, δεν αναφέρονται στην επιβολή (επιπρόσθετου) μέτρου ή της οποιασδήποτε διοικητικής κύρωσης αλλά συνιστούν αξιολογήσεις της αποτελεσματικότητας εφαρμογής των δεσμεύσεων σε συνάρτηση με την παρουσία των εταιρειών στην αγορά καθώς και του αντικτύπου της παρουσίας αυτής στην αγορά και τα οικονομικά συμφέροντα τρίτων.». Παρά ταύτα, οι αποφάσεις αυτές αποτελούν αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού, που έπρεπε να αξιολογηθούν από την ίδια την αναθέτουσα Αρχή και όχι από την εταιρεία, ως προς το εάν συνιστούν ή όχι λόγο αποκλεισμού, εφ' όσον ιδίως δεν είχε παρέλθει τριετία απ' όλες αυτές. Και τούτο, διότι το ειδικότερο περιεχόμενό τους δεν καταργεί πάντως την ειδική υποχρέωση του οικονομικού φορέα, που απορρέει από τη Διακήρυξη του διαγωνισμού, να δηλώσει με ακρίβεια στην αναθέτουσα Αρχή, ως έχουσα την αποκλειστική αρμοδιότητα ελέγχου για την τυχόν συνδρομή λόγων αποκλεισμού (βλ. Δ.Ε.Ε. απόφαση της 19.06.2019, Meca Srl κατά Comune di Napoli, C- 41/18, EU:C:2019:507, σκ. 28), την κατάστασή του σε σχέση με τον λόγο που προβλέπεται στο άρθρο 57 παρ. 4 περ. δ' της οδηγίας 2014/24 (και τα άρθρα 73 παρ. 4 περ. γ' του Ν. 4412/2016 και 2.2.3.3 της Διακήρυξης), ούτε αίρει τις συνέπειες της υποβολής τυχόν ανακριβούς δήλωσης. Κατά τούτο, τουλάχιστον ως προς κάποιες από τις επικαλούμενες αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η εταιρεία ... είχε υποχρέωση δήλωσής τους, προκειμένου η αρμόδια Επιτροπή του διαγωνισμού να κρίνει, κατά την άσκηση της σχετικής αρμοδιότητάς της και ανεξάρτητα από την υποκειμενική γνώμη των διαγωνιζομένων, εάν τα γεγονότα αυτά συνιστούν ή όχι λόγο αποκλεισμού (ΔΕφΑθ 387/2021). Άλλωστε, σύμφωνα με την ρητή διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016: «Κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο ερώτημα του ΕΕΕΣ ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης για σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η τριετής παραγραφή της παρ. 10 του άρθρου 73, περί λόγων αποκλεισμού, ή η εφαρμογή της παρ. 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011 (Α' 93), αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης, ενώ ισχύουν τα όσα αναφέρονται στο προηγούμενο εδάφιο για την προσκόμιση δικαιολογητικών». Συνεπώς, κατά

Αριθμός Απόφασης:526/2023

την απάντηση στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ, για τυχόν σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η πάροδος της τριετούς περιόδου της ισχύος του λόγου αποκλεισμού (παραγράφου 10 του άρθρου 73), έπρεπε ν' αναλυθεί στο σχετικό πεδίο κατόπιν θετικής απάντησης, πράγμα που δεν έπραξε η εταιρεία ..., αφού ουδόλως απάντησε θετικά, δηλώνοντας τις ανωτέρω παραβιάσεις στο ΕΕΕΣ της, καθιστώντας την προσφορά της παρεμβαίνουσας παράνομη και τις σχετικές προσβαλλόμενες πράξεις ακυρωτέες. Ως προς δε τον τρίτο ισχυρισμό της αναθέτουσας Αρχής, ότι σύμφωνα με την «διάταξη του άρθρου 2.2.3.4. γ της Διακήρυξης, ορθώς ερμηνευόμενη, δεν ενδιαφέρουν οιοσδήποτε παραβάσεις των κανόνων του ανταγωνισμού, αλλά μόνο αυτές που αφορούν την συμμετοχή του οικονομικού φορέα σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων», αυτός δεν μπορεί να γίνει δεκτός, πρώτον, λόγω της ευρύτητας της γραμματικής διατύπωσης της διάταξης, και δεύτερον, του σκοπού που εξυπηρετεί -ήτοι την αποφυγή ανάθεσης δημόσιας σύμβασης σε εταιρείες που παραβιάζουν το ενωσιακό δίκαιο, υιοθετώντας εν γένει αντανταγωνιστικές συμπεριφορές. Σε κάθε περίπτωση, η παράλειψη δήλωσης στο ΕΕΕΣ των επίμαχων αποφάσεων των Επιτροπών Ανταγωνισμού δεν έδωσε την ευκαιρία στην αναθέτουσα ούτε να ελέγξει την ενδεχόμενη έλλειψη συσχέτισης με διαδικασίες δημοσίων συμβάσεων ούτε να ελέγξει αν αυτές οι παραβιάσεις συνιστούν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Τέλος, αντίθετα με ό,τι προβάλλει η παρεμβαίνουσα, δεν συντρέχουν εν προκειμένω οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, προκειμένου η ... ν' αναφέρει, το πρώτον, στο ΕΕΕΣ της τις ως άνω αποφάσεις των Ελληνικών και Κυπριακών Αρχών προστασίας του Ανταγωνισμού, αφού τούτο θα απαιτούσε την υποβολή νέου ΕΕΕΣ, μετά την υποβολή και αποσφράγιση των προσφορών, κατά παράβαση της αρχής της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Ο δεύτερος λόγος της προδικαστικής προσφυγής αφορά στο γεγονός, ότι η παρεμβαίνουσα, στο Μέρος II Κεφάλαιο Α του ΕΕΕΣ, στο ερώτημα «Ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ή να παράσχει πληροφορίες που θα δίνουν τη δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή ή στον αναθέτοντα φορέα να τη λάβει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος μέλος αυτή διατίθεται

Αριθμός Απόφασης:526/2023

δωρεάν;», προέβη σε ρητή αρνητική δήλωση: «ΟΧΙ». Ως εκ τούτου, δήλωσε ρητά, ότι στο πρόσωπό της υφίσταται ο σχετικός λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.2. της Διακήρυξης, χωρίς ν' απορριφθεί από την αναθέτουσα Αρχή. Η αναθέτουσα Αρχή με τις απόψεις της, καθώς και η παρεμβαίνουσα με την από 3.3.2023 παρέμβασή της, υποστηρίζει ότι η απάντηση αυτή είναι «συνέπεια και συνέχεια της απάντησης ΟΧΙ στο προηγούμενο ερώτημα, αν κατά περίπτωση, ο οικονομικός φορέας είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων ή διαθέτει ισοδύναμο πιστοποιητικό [π.χ. βάσει εθνικού συστήματος (προ)επιλογής];» και δεν σχετίζεται με τον λόγο αποκλεισμού του όρου 2.2.3.2. της Διακήρυξης, σε κάθε δε περίπτωση, ότι θα μπορούσαν να ζητηθούν διευκρινίσεις, επί τη βάση του άρθρου 102 του Ν.4412/2016. Από την επισκόπηση του φακέλλου προκύπτει, ότι η επίμαχη έλλειψη δεν μπορεί να αναπληρωθεί από την απάντηση που έδωσε οικονομικός φορέας στο ερώτημα, το σχετικό με την ύπαρξη ανεκπλήρωτων υποχρεώσεων για την καταβολή των εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων, το οποίο τίθεται στο ΜΕΡΟΣ III του ΕΕΕΣ και στο οποίο πράγματι, εν προκειμένω, ο οικονομικός φορέας έχει δώσει αρνητική απάντηση, καθ' όσον αυτό αποτελεί έτερο και διακριτό ερώτημα, το οποίο αποσκοπεί στη διαπίστωση αυτού τούτου του λόγου αποκλεισμού και όχι στην δυνατότητα της συμμετέχουσας εταιρείας να προσκομίσει τα απαιτούμενα αποδεικτικά στοιχεία στην αναθέτουσα Αρχή, προς επιβεβαίωση της μη συνδρομής του σχετικού λόγου αποκλεισμού. Εξ άλλου, εν όψει της αρχής της τυπικότητας, που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς και της φύσης του ΕΕΕΣ ως υπεύθυνης δήλωσης για κάθε ένα από τα αυτοτελή προς συμπλήρωση πεδία (ΕΑ ΣτΕ 42/2020 σκ.11, 238-239/2019 σκ.9), την αρνητική απάντηση δεν μπορεί να αναπληρώσουν ούτε οι τελικές δηλώσεις που περιλαμβάνονται στο Μέρος VI του υποβληθέντος ΕΕΕΣ (βλ. και ΑΕΠΠ 748/2021). Αβασίμως δε ο οικονομικός φορέας, προς άρση της ανωτέρω πλημμέλειας, επικαλείται τις απαντήσεις του στο ΜΕΡΟΣ III του ΕΕΕΣ, περί της μη συνδρομής του οικείου λόγου αποκλεισμού, καθώς τούτο δεν αναπληρώνει ή διορθώνει την ανωτέρω αρνητική δήλωση ικανότητας υποβολής βεβαιώσεων ή πληροφοριών για την κτήση αυτών (ad hoc ΕΑΔΗΣΥ 643/2022). Τέλος, εν προκειμένω, δεν δύναται να τύχει εφαρμογής το άρθρο 102 Ν. 4412/2016, αφού η παραπάνω παράλειψη στο υποβληθέν ΕΕΕΣ δεν μπορεί να αναπληρωθεί με άλλον τρόπο, πλην της αντικατάστασης του ΕΕΕΣ

Αριθμός Απόφασης:526/2023

με νέο, που θα περιλαμβάνει θετική απάντηση, όσον αφορά στο επίμαχο πεδίο, πράγμα όμως που αποκλείεται, αφού, κατά τα ρητώς προβλεπόμενα στο άρθρο 102 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση εγγράφων δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση εγγράφων που δεν έχουν υποβληθεί σύμφωνα με τους όρους της προκήρυξης (πρβλ. Ε.Α. 135/2016, πρβλ. Ε.Α. 1065/2009, 1044/2010 κ.ά.), ιδίως του ουσιώδους δικαιολογητικού συμμετοχής στο διαγωνισμό, όπως το ΕΕΕΣ (βλ. και ΔΕφ Θεσσ 166/2018), κάθε δε διευκρίνιση θα πρέπει να αφορά σε στοιχεία, των οποίων ο προγενέστερος χαρακτήρας θα πρέπει να είναι αντικειμενικά εξακριβώσιμος σε σχέση με το πέρας της προθεσμίας που είχε ταχθεί για την υποβολή υποψηφιότητας (ad hoc ΕΑΔΗΣΥ 643/2022).

8. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το κρινόμενο αίτημα προσφυγής να γίνει δεκτό, ν' απορριφθεί η παρέμβαση και να επιστραφεί το οικείο παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28-3-2023 και εκδόθηκε στις 07/04/2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΓΑΡΥΦΑΛΛΙΑ ΣΚΙΑΝΗ

ΗΛΕΚΤΡΑ ΝΙΚΟΛΑΚΟΠΟΥΛΟΥ